

L'HYPOTHEQUE ET LE GAGE : QUELS INTERÊTS POUR LES NOUVEAUX MODES DE REALISATION

TEXTES UTILES

1- Droit foncier domanial et immobilier du Sénégal - V. Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, JO 13 août 2011, p. 1047 s.

2- Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés

3- Code de Procédure civile

4- Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

5- Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

6- Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 11 mars 1999

D'une manière générale, la sûreté est définie par l'art. 1^{er} de l'AUS de 2010. Aux termes de cet article : « Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

Cet article met en évidence les sûretés personnelles (l'affectation d'un patrimoine en garantie d'une créance et les sûretés réelles (l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens à la garantie d'une créance).

L'hypothèque et le gage sont des sûretés réelles classiques qui ont toujours été consacrées par les différentes législations. Avec la réforme des sûretés entreprise par le législateur OHADA en 2010 (Le nouvel Acte uniforme sur les sûretés est adopté le 15 décembre 2010 et est entré en vigueur le 15 mai 2011), de nouvelles formes de garanties sont prévues (il s'agit notamment des sûretés-propriété, telles que la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le droit de rétention). Ce sont des sûretés efficaces qui créent une situation d'exclusivité au profit du créancier. Concrètement, ce dernier ne subit pas le concours d'autres créanciers lors de la réalisation de ces garanties. Cependant, le législateur OHADA n'a pas perdu de vue la place de choix qu'occupent ces sûretés classiques du fait de leur utilisation courante dans le milieu des affaires. Ainsi, pour répondre au besoin de développement du crédit qui ne peut se réaliser qu'en tenant compte des différents intérêts en cause (celui du créancier qui libère les fonds et celui du débiteur à qui il faut offrir l'opportunité de mettre en garantie les biens dont il dispose dans leur plus grande variété), la réforme n'a pas épargné les réglementations relatives à l'hypothèque et au gage.

Les régimes juridiques de ces sûretés ont été sensiblement révisés pour renforcer leur efficacité et par la même occasion, pour renforcer la protection des intérêts des créanciers. Ce souci de préservation des intérêts des créanciers qui sont le plus souvent les banques se manifeste à travers la constitution de ces sûretés, leur fonctionnement et leur réalisation.

Il faudrait aussi souligner que la prise en compte des intérêts des débiteurs n'a pas été en reste. Ces derniers sont également protégés depuis la constitution jusqu'à l'extinction de ces garanties.

L'HYPOTHEQUE

L'hypothèque est définie par l'article 190 AUS comme *l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables.*

L'hypothèque peut être légale ou judiciaire.

Il s'agit d'une nouvelle définition plus heureuse de l'hypothèque donnée par l'AUS de 2010 contrairement à l'article 117 de l'AUS de 1997, qui se bornait à définir l'hypothèque comme «*une sûreté réelle immobilière conventionnelle ou forcée* »

Aussi, l'article 209 de l'AUS reprend l'article 132 de l'AUS de 1997, en supprimant l'alinéa 2 sur l'exigence du caractère déterminé des immeubles objets d'hypothèque forcée. Cet alinéa devenait d'ailleurs incompatible avec l'article 190 de l'AUS de 2010 qui admet l'hypothèque des immeubles déterminables.

Art. 209 AUS de 2010 : L'hypothèque forcée est celle qui est conférée, sans le consentement du débiteur, soit par la loi, soit par une décision de justice.

Les hypothèques forcées autres que celles prévues par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions particulières de la loi nationale de chaque Etat Partie.

Cette suppression participe, sans nul doute, de la volonté du législateur de rendre moins rigide et plus attractif le régime des hypothèques. Cette attractivité est, de surcroît, renforcée par la possibilité de consentir une hypothèque pour une créance qui n'est pas encore née, à condition que celle-ci soit déterminée ou déterminable.

Une telle option est orientée vers le développement du recours à l'hypothèque, comme un outil de garantie du crédit.

Caractères

I- REGIME DE DROIT COMMUN

Le régime de droit commun de l'hypothèque détermine la constitution de l'hypothèque, les effets de l'hypothèque et la transmission et l'extinction de l'hypothèque.

A- LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHEQUE

L'étude de la constitution de l'hypothèque fait appel à trois précisions fondamentales relatives aux parties, aux conditions de formation et à l'objet de l'hypothèque.

1°)- Les parties au contrat d'hypothèque

Le contrat d'hypothèque met en présence deux parties que sont le créancier hypothécaire et le constituant.

a°)- Le créancier hypothécaire

Le créancier c'est celui qui est titulaire d'une créance à l'égard du débiteur. Dans le cadre d'un contrat de prêt, Le créancier, par exemple la banque (prêteur), remet les fonds au débiteur (emprunteur) dont le remboursement est garanti par une hypothèque.

Tout créancier peut bénéficier d'une hypothèque conventionnelle. Cependant, il faut réserver la situation où le débiteur est en difficulté. Dans cette hypothèse, le créancier ne pourra pas demander la constitution d'une hypothèque pendant la période suspecte.

b°)- Le constituant

L'art. 190 AUS dispose que « L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant... ».

La notion de constituant à laquelle a recours le nouvel AUS est très significative. En effet, traditionnellement, la sûreté réelle est définie comme l'affectation, par le débiteur, d'un bien meuble ou immeuble en garantie de sa dette. Cette conception n'est plus foncièrement de rigueur puisqu'un tiers peut mettre son bien à la garantie de la dette d'autrui. Précisément, le constituant c'est la personne qui met, en guise d'hypothèque, le bien à la disposition du créancier. Le constituant n'est alors pas forcément le débiteur. Il peut s'agir d'un tiers, dans cette hypothèse. L'art. 4 al. 4 dispose que « *Les sûretés réelles peuvent être constituées par le débiteur lui-même ou un tiers en garantie de l'obligation sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme* ».

Par ailleurs, l'art. 203 al. 1 AUS s'intéresse à la situation juridique du constituant lorsqu'elle dispose que « *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer* ».

Ce texte met en relief deux exigences relativement à la situation juridique du constituant. D'une part, il doit être titulaire du droit réel sur l'immeuble. Par exemple lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété, le constituant doit établir son droit en fournissant le titre foncier qui en constitue la preuve.

D'autre part, le constituant doit être capable de disposer du bien. En effet, l'hypothèque peut aboutir à la réalisation du droit réel immobilier. Les règles relatives à la protection de l'incapable doivent alors être respectées. Il s'agit du mineur (la personne âgée de moins de 18 ans, art. 276 CF) et du majeur incapable (Il s'agit du majeur placé sous le régime de la sauvegarde de justice, art. 345 à 349 CF, du majeur placé sous le régime de la tutelle, art. 350 à 358 CF et du majeur placé sous le régime de la curatelle, art. 359 à 365 CF).

Au-delà des règles relatives à la capacité, le constituant doit aussi avoir le pouvoir de donner le bien en garantie. En effet, il faut savoir si l'existence d'un mandat général suffit pour mettre un bien en garantie d'hypothèque ? L'hypothèque est une garantie qui entame le patrimoine du constituant en cas de défaillance du débiteur. Elle est alors considérée comme un acte de disposition. Ainsi, il faut que le constituant ait un pouvoir spécial pour engager le bien. Dans les régimes matrimoniaux, l'art. 391 CF prévoit que les actes de disposition ne peuvent être faits que du consentement des époux.

En droit des sociétés, le dirigeant social doit obtenir l'autorisation de l'organe compétent.

2°)- Les formalités nécessaires au contrat d'hypothèque

L'hypothèque est une sûreté qui obéit à des formalités rigoureuses diverses selon leur objet (validité et efficacité).

a°)- L'écrit constatant la garantie

Il relève des dispositions de l'article 205 de l'AUS que,

« L'hypothèque conventionnelle est consentie, selon la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble :

- par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes ;

- ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

La procuration donnée à un tiers pour constituer une hypothèque en la forme notariée doit être établie en la même forme ».

En droit sénégalais, c'est la forme authentique (précisément un acte notarié) qui est exigée en application de l'art. 47 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

« Tous faits, conventions ou sentences ayant pour objet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou les conditions d'existence, tous baux d'immeubles excédant trois années, toute quittance ou cession d'une somme équivalente à plus d'une année de loyer ou fermages non échus doivent, en vue de l'inscription, être constatés par acte authentique sauf dérogation législative.

Les règles de forme édictées à l'alinéa précédent ne s'appliquent pas, à la condition que lesdits faits, conventions ou sentences soient constatés par écrit dans les formes déterminées par la loi, aux passés par l'Etat et les autres personnes publiques ».

L'écrit doit comporter au moins les mentions relatives aux parties, à la créance garantie, et à l'assiette de la garantie.

b°)- La formalité d'inscription

La garantie d'hypothèque, pour être efficace, doit faire l'objet d'une publicité. Cette formalité est prévue par l'art. 195 AUS aux termes duquel :

Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'Etat Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet.

L'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription.

Lorsque le droit réel immobilier, objet de l'hypothèque, consiste en un démembrement du droit de propriété tel que l'usufruit, le droit de superficie, le bail emphytéotique ou le bail à construction, l'inscription de l'hypothèque doit également être notifiée, par acte extrajudiciaire, au propriétaire, au tréfoncier ou au bailleur.

Au Sénégal, la publication est assurée par la formalité de l'inscription au livre foncier (art. 46. Loi de 2011). A partir la publication, le droit du créancier hypothécaire est opposable aux tiers (art. 20 de la Loi de 2011).

La constitution de l'hypothèque n'est parfaite qu'une fois la garantie inscrite au livre foncier. Cette exigence est requise que l'hypothèque soit de nature conventionnelle ou forcée. L'inscription a pour principale finalité de sécuriser les transactions immobilières en renseignant les tiers acquéreurs de l'immeuble. Les établissements financiers et autres créanciers du titulaire des droits sur l'immeuble doivent être suffisamment informés sur l'état des droits réels sur l'immeuble.

En cas de constitution d'hypothèques multiples sur le même immeuble, le rang de chaque créancier hypothécaire est déterminé par la date de son inscription. Les créanciers hypothécaires inscrits en premier sont préférés aux suivants lors de la distribution du prix c'est-à-dire au moment du paiement une fois que l'immeuble est réalisé.

Comme l'indiquent les dispositions de l'art. 195, al. 3 AUS de 2010, lorsque l'hypothèque porte sur un démembrement du droit de propriété tel que l'usufruit, le droit de superficie, le bail emphytéotique ou le bail à construction, l'inscription doit également être notifiée, par acte extrajudiciaire, au propriétaire, au tréfoncier ou au bailleur.

La violation de la formalité de publicité est sanctionnée non par la nullité de la constitution d'hypothèque mais par l'inopposabilité aux tiers de la constitution de l'hypothèque. C'est dire que le créancier hypothécaire se retrouve, face à ces tiers, comme un simple créancier chirographaire ne pouvant exciper ni du droit de suite ni du droit de préférence sur l'immeuble. L'AUS de 2010, dans son article 206 retient que « **tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité** ». Autrement dit, la convention d'hypothèque non inscrite constitue un avant-contrat différent du contrat définitif d'hypothèque. La promesse synallagmatique d'hypothèque ne fait qu'obliger les parties à parfaire leur engagement par l'exécution de la formalité de l'inscription sans constituer, à elle seule, un engagement d'hypothèque.

Aux termes de l'art. 207, al. 1^{er} AUS de 2010, lorsque l'hypothèque a été consentie à l'occasion d'un prêt à court terme, le prêteur dispose d'un délai de 90 jours pour procéder à l'inscription sans perdre son rang fixé au jour de la conclusion du contrat.

3°)- L'objet de l'hypothèque

L'hypothèque, dans son principe ne peut porter que sur des immeubles immatriculés. S'agissant des terres, on vise précisément celles ayant un propriétaire identifié. Au Sénégal, on exclut des terres immatriculées, celles du domaine national.

Aux termes de l'art. 192 AUS, il s'agit d'abord des fonds bâtis ou non bâtis et leurs améliorations ou constructions.

La catégorie des immeubles susceptibles d'être donnés en hypothèque exclut les immeubles par destination (biens meubles servant à l'exploitation de l'immeuble ou attachés à perpétuelle demeure).

Peuvent également faire l'objet d'hypothèque les droits réels démembres régulièrement inscrits au livre foncier. Ce sont précisément des prérogatives dont on peut disposer sur l'immeuble par nature d'autrui. Il s'agit de:

- L'usufruit immobilier (droit de jouir et de tirer les fruits d'un immeuble par nature d'autrui)
- La nue-propriété (droit de disposer de la chose mais ne conférant ni droit d'usage ni droit de jouissance qui appartiennent à l'usufruitier)
- Le droit de superficie (droit d'user de la superficie d'un immeuble par nature appartenant à autrui et conférant un droit de propriété sur les constructions et les plantations qui y sont édifiés. Le titulaire du droit de superficie est nommé superficiaire et le cédant de ce droit, le tréfoncier)
- Le bail emphytéotique (bail de longue durée, 18 à 99 ans, consenti par une personne publique)

Le titulaire d'un droit réel immobilier peut consentir l'hypothèque sur le droit démembré de la propriété en question mais aussi sur les impenses c'est-à-dire les constructions et améliorations apportées au fonds et qualifiées dans la pratique de « peines et soins ». Cependant, il faudrait que le droit réel en question puisse faire l'objet d'une immatriculation ce qui n'est pas le cas des droits détenus sur les terres du domaine national ou des titres précaires détenus sur les terres du domaine de l'Etat (permis d'occuper).

Lorsque la garantie porte sur des droits non susceptibles d'une immatriculation, la qualification d'hypothèque devient impossible, les parties qualifiant alors souvent leur contrat

de « nantissement des peines et soins ». Cette qualification de nantissement ne peut plus prospérer du fait que l'Acte uniforme cite de façon limitative les biens susceptibles de faire l'objet de nantissement. Faudrait-il recourir au gage sans dépossession (par exemple gages de stocks de produits agricoles ou gages simples consistant en l'affectation en garantie de biens meubles fongibles. Dans cette hypothèse, l'assurance est moins consistante : il y a seulement une obligation d'assurance contre les risques de perte ou de détérioration totale ou partielle là où pour le gage de stock il y a en plus une obligation d'assurance contre les risques de vol et d'incendie).

- **L'hypothèque d'un immeuble futur**

Dans le but de faciliter l'accès au crédit, l'assiette de l'hypothèque a été élargie aux immeubles futurs. Ainsi, l'article 203, al. 2 de l'AUS de 2010 a prévu la possibilité exceptionnelle d'hypothéquer un immeuble futur sur le modèle de l'article 2420 du Code civil français.

L'article 203 précité prévoit trois hypothèses dans lesquelles une hypothèque sur un immeuble à venir pourra être consentie. Peut ainsi hypothéquer un immeuble futur:

- celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance; il pourra être prévu que chacun des immeubles acquis par la suite sera hypothéqué ;
- celui dont l'immeuble présent hypothéqué a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour constituer la sûreté de la créance; il pourra être également prévu que chacun des immeubles acquis par la suite sera affecté au paiement de ladite créance, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement;
- celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui des bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

- **L'hypothèque d'un bien indivis**

L'article 194 du projet de réforme a modifié l'article 121 de l'AUS de 1997, afin de permettre à un coindivisaire de consentir une hypothèque sur un bien indivis.

En effet, l'article 121 précité disposait que: *«Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit soumis à condition, résolution, ou rescision régulièrement publiées ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions.*

Toutefois, l'hypothèque consentie par tous les copropriétaires d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit, ultérieurement, le résultat de la licitation ou du partage».

Si l'alinéa premier relatif à la situation juridiques des droits sur l'immeuble est resté inchangé, l'article 194 de l'AUS de 2010 vient amender l'alinéa 2 de l'article 121 précité et ajouter un nouvel alinéa: *«L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation » (al. 2).*

«L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement, sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation » (al. 3).

Cette consécration de l'hypothèque d'un immeuble indivis est bénéfique à la fois pour le créancier et les propriétaires.

Pour le créancier, La faculté reconnue à un seul indivisaire de consentir une hypothèque sur sa quote-part de l'immeuble indivis constitue une avancée notable dans la sécurisation de la situation du créancier d'un héritier coïndivisaire.

Elle est également et surtout un début de réponse à la longueur généralement déplorée, tant par les praticiens que par les acteurs, des procédures de partage en matière de succession. En effet, avec les nouvelles dispositions, le cohéritier propriétaire d'un bien indivis n'est plus contraint d'attendre la décision de partage avant de fournir une garantie hypothécaire à un créancier.

L'hypothèque consentie par un cohéritier sur sa quote-part de l'immeuble indivis contribuera, sans conteste, à rendre plus flexible, et partant plus attractive, cette sûreté immobilière.

B- LES EFFETS DE L'HYPOTHEQUE

Il s'agit d'étudier les prérogatives du créancier dans ses rapports avec le constituant et celles qui lui sont reconnues par l'art. 197 al. 1^{er} AUS.

1°)- rapports entre le créancier et le constituant

Ils s'analysent particulièrement en une protection de l'intérêt du créancier au moment de la garantie. Par ailleurs, si le débiteur ne s'exécute pas à l'échéance, le créancier peut procéder à la réalisation de la garantie.

a°)- La protection de l'intérêt du créancier au moment de la garantie

Dans ses relations avec le constituant, le créancier hypothécaire bénéficie d'une certaine protection contre les actes du constituant de nature à porter atteinte à la valeur de l'immeuble.

L'immeuble demeure en la possession du constituant qui peut exercer toutes les prérogatives découlant de son droit sur l'immeuble. Par exemple s'il est propriétaire, il peut exercer l'usus (droit d'usage par exemple habiter la maison), le fructus (par exemple donner la maison en bail) et l'abusus (par exemple vendre la maison). Cependant son pouvoir d'abusus est limité par l'obligation de conserver la valeur de l'immeuble.

Le créancier peut surveiller les actes matériels du constituant et solliciter toutes les mesures conservatoires lui permettant d'éviter que les fractions des immeubles ne disparaissent ou que leur prix ne soit versé au constituant.

Parallèlement, le constituant a le droit d'exercer ses prérogatives sur l'immeuble. Il ne peut se voir interdire d'exercer des actes juridiques qui ne portent pas préjudice au créancier. Par exemple, les actes de vente ou de constitution de droits réels postérieurs à l'hypothèque ne peuvent nuire au créancier qui bénéficie du droit de suite et du droit de préférence. Toute clause contraire est abusive et pourrait être dénoncée par le débiteur ou le constituant.

b°)- Le renforcement des droits du créancier par la réalisation de la garantie

L'AUS de 2010 a procédé à une amélioration dans la réalisation de la garantie hypothécaire. Précisément, l'AUS de 2010 a consacré certaines innovations tendant essentiellement à faciliter la mise en œuvre de la garantie hypothécaire.

A ce niveau, l'AUS de 2010 offre au créancier non payé de véritables moyens, moins contraignants que la saisie immobilière, pour procéder à la réalisation de la garantie. En effet, à côté de la saisie immobilière, sont prévues l'attribution conventionnelle de l'immeuble et l'attribution judiciaire.

- la mise en œuvre de la saisie immobilière. L'art. 198 de l'AUS de 2010 dispose : « *A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger...* ».

Ainsi, si les parties choisissent ce mode de réalisation, elles doivent respecter les règles de la saisie immobilière telles que prévues par les arts. 246 s. de l'AUPSRVE. Ainsi est interdite la clause de voie parée, clause par laquelle la vente sera réalisée selon les conditions déterminées par les parties

- l'attribution conventionnelle de l'immeuble : l'art. 199 AUS permet le pacte commissaire qui est la convention par laquelle les parties conviennent que le bien sera attribué au créancier en cas de défaillance du débiteur. Aux termes de cet article: « *A condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation, il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué.*

A l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extra-judiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque État Partie en matière de transfert d'immeuble ».

Il apparaît ainsi expressément que ce mode de réalisation est possible à condition que le débiteur soit une personne morale ou une personne physique immatriculée au RCCM.

La possibilité de conclure un pacte commissaire a donc été étendue à certaines personnes physiques pour répondre au besoin de favoriser l'accès au crédit des commerçants personnes physiques possédant des immeubles à usage professionnel. La nécessité de protéger les intérêts du débiteur et ceux de sa famille a amené le législateur OHADA à exclure du domaine de pacte commissaire, **les immeubles à usage d'habitation.**

Ainsi à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la mise en demeure de payer restée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte authentique.

Ce texte constitue une avancée majeure par rapport au texte antérieur, selon lequel le créancier non payé pouvait mettre en œuvre la sûreté dont il bénéficie par voie de saisie immobilière, sous réserve cependant de l'interdiction du pacte commissaire et de la clause de voie parée.

- l'attribution judiciaire de l'immeuble : prévue par l'art. 198 AUS de 2010, aux termes duquel : *«...le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement.*

Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du constituant ».

L'attribution judiciaire est le mode de réalisation selon lequel le créancier hypothécaire demande au juge de lui attribuer l'immeuble en paiement à condition que l'immeuble ne serve pas de résidence principale au constituant.

Avantages de l'innovation : la célérité dans la réalisation et l'allègement du coût de cette réalisation (mais il faut voir les inconvénients liés à la désignation de l'expert) Dans ces deux derniers cas,

La valeur de l'immeuble doit être évaluée par un expert désigné par les parties (créancier et constituant) ou par le juge saisi par l'une des parties (art. 200 AUS).

L'immeuble est attribué au créancier à concurrence de sa créance. C'est la raison pour laquelle le créancier hypothécaire est débiteur de la soulte si la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance (art. 200 al. 2 de l'AUS de 2010).

2°)- Rapport entre le créancier et les autres créanciers : le droit de préférence

L'inscription de l'hypothèque confère un rang au créancier. Sur le fondement de l'art. 225 3°, le créancier hypothécaire vient en troisième rang sur le prix de vente de l'immeuble après le privilège des frais de justice et le super privilège des salaires.

Entre créanciers hypothécaires, c'est la date d'inscription qui prévaut (les créanciers inscrits le même jour sont réputés être inscrits en même temps).

Aux termes de l'art. 197 AUS de 2010, le droit de préférence s'exerce sur le prix de vente de l'immeuble, sur toute somme représentant la valeur de l'immeuble (indemnité d'assurance ou d'expropriation),

Le droit de préférence garantit le principal, les frais et trois ans d'intérêts au même rang

Pour les intérêts non couverts, le créancier peut prendre des inscriptions particulières portant hypothèques à compter de leurs dates.

3°)- Rapport entre le créancier et les tiers : le droit de suite

Le droit de suite est prévu par l'art. 223 AUS de 2010 aux termes duquel « *Le droit de suite s'exerce contre tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque* ».

Le tiers détenteur est un acquéreur de l'immeuble (acheteur, donataire, légataire particulier) ou un ayant-cause à titre universel (par exemple un héritier non tenu personnellement de la dette).

Au cas où le prix de la cession n'aurait pas été payé, le créancier peut faire prévaloir son droit de préférence sur le prix au lieu de poursuivre la vente de l'immeuble.

La mise en œuvre du droit de suite prend la forme d'une saisie immobilière mais le tiers acquéreur bénéficie d'une certaine protection. Il a ainsi trois possibilités :

- Il peut rejeter la poursuite (par les exceptions et moyens de défense liés à la dette, par l'exception de garantie, par le bénéfice de discussion)
- Il peut se laisser poursuivre et subir la saisie
- Délaisser l'immeuble
- Désintéresser le créancier et rester avec le débiteur (art. 223 al. 2 de l'AUS de 2010)

C- LA TRANSMISSION ET L'EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE

Elles s'opèrent évidemment par des mécanismes différents.

1°)- La transmission de l'hypothèque

La transmission de l'hypothèque peut se faire avec la transmission de la créance, donc à titre accessoire. La transmission à titre accessoire se fait aussi par le biais de la subrogation (légale ou conventionnelle).

L'hypothèque peut aussi être transmise à titre principal, il s'agit des hypothèses de cession d'antériorité et de subrogation dans la sûreté (il s'agit d'une substitution dans le bénéfice de la sûreté).

La transmission de l'hypothèque obéit certainement aux mêmes formalités relatives à la constitution et à l'inscription de la garantie

2°)- L'extinction de l'hypothèque

Sur le fondement de l'art. 201 de l'AUS de 2010, l'hypothèque s'éteint soit à titre accessoire, soit à titre principal.

L'extinction à titre accessoire se produit en cas d'extinction de la créance. La créance doit être totalement éteinte du fait de l'indivisibilité de l'hypothèque.

L'extinction à titre principal concerne l'hypothèse où la garantie d'hypothèque s'éteint indépendamment de la créance principale. Ces causes d'extinction prévues par l'art. 201 de l'AUS de 2010 sont : la renonciation, la péremption de l'inscription (la sanction c'est plutôt l'inopposabilité), la purge des hypothèques.

II- LES HYPOTHEQUES FORCEES

Aux termes de l'art. 191 AUS, « *sauf disposition contraire, les règles qui s'appliquent aux hypothèques conventionnelles s'appliquent également aux hypothèques forcées* ». Sont donc prévues, à côté de l'hypothèque conventionnelle, les hypothèques légales et judiciaires.

L'hypothèque forcée prend la forme d'une hypothèque judiciaire ou légale. Ainsi, dans les deux cas, le consentement du débiteur titulaire du droit sur l'immeuble donné en garantie n'est pas nécessaire.

Les hypothèques légales sont conférées d'office par la loi à certains créanciers. L'AUS en cite trois (prévus par **les arts 210, 211 et 212 AUS de 2010**) même si les droits nationaux des Etats parties peuvent en prévoir d'autres. Il s'agit de :

- L'hypothèque légale de la masse des créanciers réglementée par l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (cette hypothèque porte sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur)
- L'hypothèque légale du vendeur, de l'échangiste ou du co-partageant sur les immeubles vendus, échangés ou partagés pour garantir le paiement total ou partiel du prix, de la soulte de l'échange ou des créances résultant du partage.
- L'hypothèque légale des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments.

L'hypothèque légale n'a pas un caractère automatique pour son bénéficiaire qui doit requérir sa constitution par décision judiciaire.

L'hypothèque peut aussi avoir un caractère judiciaire. Dans ce cas, la constitution d'une hypothèque sur un ou plusieurs immeubles du débiteur est autorisée par décision judiciaire sur demande du créancier. S'agissant d'une mesure conservatoire, sa constitution ne peut être autorisée que si deux conditions sont réunies : **l'existence d'une créance paraissant fondée dans son principe d'une part et la présence de circonstances de nature à en menacer l'exécution d'autre part.**

DISPOSITIONS DE L'AUS DE 2010 SUR LES HYPOTHEQUES FORCEES

Article 209

L'hypothèque forcée est celle qui est conférée, sans le consentement du débiteur, soit par la loi, soit par une décision de justice.

Les hypothèques forcées autres que celles prévues par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions particulières de la loi nationale de chaque Etat Partie.

A- LES HYPOTHEQUES FORCEES LEGALES

Article 210

L'hypothèque légale de la masse des créanciers prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est inscrite dans le délai de dix jours à compter de la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective à la requête du greffier ou du syndic.

Article 211

Le vendeur, l'échangiste ou le copartageant peut exiger de l'autre partie à l'acte une hypothèque sur les immeubles vendus, échangés ou partagés pour garantir le paiement total ou partiel du prix, de la soulte de l'échange ou des créances résultant du partage.

A défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle, le vendeur, l'échangiste ou le copartageant peuvent, en vertu d'une décision de la juridiction compétente, obtenir l'hypothèque forcée sur lesdits immeubles.

L'action en résolution de l'acte de vente, d'échange ou de partage pour défaut de paiement du prix ou de la soulte appartient au vendeur, à l'échangiste, ou au copartageant titulaire d'une hypothèque conventionnelle ou forcée régulièrement publiée du fait même de l'obtention de cette garantie et concurremment avec elle.

Celui qui fournit les deniers pour l'acquisition d'un immeuble vendu, échangé ou partagé, peut obtenir une hypothèque conventionnelle ou forcée dans les mêmes conditions que le vendeur, l'échangiste ou le copartageant dès lors qu'il est authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi et, par la quittance du vendeur, de l'échangiste ou du copartageant, que le paiement a été fait des deniers empruntés.

Article 212

Les architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments peuvent, avant le commencement des travaux, se faire consentir une hypothèque conventionnelle ou obtenir, par décision judiciaire, une hypothèque forcée sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux.

L'hypothèque est inscrite provisoirement pour le montant de la somme qui sera estimée due. Cette inscription prend rang à sa date mais pour une période n'excédant pas un mois après l'achèvement des travaux constaté par huissier. L'hypothèque conserve sa date si, dans le même délai, par accord des parties ou par décision judiciaire, l'inscription devient définitive, pour le tout ou partie seulement de la somme estimée due.

Celui qui fournit les deniers pour payer ou rembourser les architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments peut obtenir une hypothèque conventionnelle ou forcée dans les mêmes conditions que ces créanciers dès lors qu'il est formellement constaté dans l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi et, par la quittance des architectes, entrepreneurs et autres personnes, que le paiement a été fait des deniers empruntés.

B-LES HYPOTHEQUES FORCEES JUDICIAIRES

Article 213

Pour sûreté de sa créance, en dehors des cas prévus par les articles 210 à 212 du présent Acte uniforme, le créancier peut être autorisé à prendre inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur en vertu d'une décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir.

La décision rendue indique la somme pour laquelle l'hypothèque est autorisée.

Elle fixe au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité de l'autorisation, former devant la juridiction compétente l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou la demande au fond, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer. Elle fixe, en outre, le délai pendant lequel le créancier ne peut saisir la juridiction du fond.

Si le créancier enfreint les dispositions de l'alinéa précédent, la décision peut être rétractée par la juridiction qui a autorisé l'hypothèque.

Article 214

La décision peut obliger le créancier à justifier, préalablement, de sa solvabilité suffisante ou, à défaut, à donner caution par acte déposé au Greffe ou entre les mains d'un séquestre avec ou sans obligation d'observer les règles concernant la réception des cautions.

Article 215

La juridiction compétente ne statue qu'à charge de lui en référer en cas de difficulté. Sa décision est exécutoire sur minute, nonobstant opposition ou appel.

Article 216

Le créancier est autorisé à prendre une inscription provisoire d'hypothèque sur présentation de la décision contenant :

1°) la désignation du créancier, son élection de domicile, le nom du débiteur ;

2°) la date de la décision ;

3°) la cause et le montant de la créance garantie en principal, intérêts et frais ;

4°) la désignation, par le numéro du titre foncier, de chacun des immeubles sur lesquels l'inscription a été ordonnée ; à défaut de titre foncier, sous réserve de l'application de l'article 192 du présent Acte uniforme, la désignation des immeubles non immatriculés est faite conformément aux dispositions des législations nationales spécialement prévues à cet effet. Les dispositions du présent article n'excluent pas les formalités de publicité prévues par la législation foncière.

Article 217

Le créancier doit notifier la décision ordonnant l'hypothèque judiciaire en délivrant l'assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond. Il doit également notifier l'inscription dans la quinzaine de cette formalité.

Il doit élire domicile dans le ressort de la juridiction compétente ou de la conservation foncière.

Article 218

Mainlevée ou réduction de l'hypothèque peut être obtenue de la juridiction compétente qui l'a autorisée, statuant à bref délai, contre consignation, entre les mains d'un séquestre par lui désigné, des sommes en principal, intérêts et frais, avec affectation spéciale à la créance. La mainlevée ou la réduction de l'hypothèque doit être demandée dans le mois de la notification de l'assignation en validité ou de l'instance au fond.

Lorsque la créance litigieuse a fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, les sommes séquestrées sont spécialement affectées, par privilège sur tous autres, au paiement de la créance du poursuivant. Elles se trouvent frappées de saisie- conservatoire pendant la durée de la procédure.

Article 219

La juridiction saisie peut, en tout état de cause, avant même d'avoir statué sur le fond, ordonner une mainlevée totale ou partielle de l'hypothèque si le débiteur justifie de motifs sérieux et légitimes.

Dans le cas de péremption d'instance, de désistement d'instance ou d'action, la mainlevée non consentie de l'inscription provisoire est donnée par la juridiction qui a autorisé ladite inscription et la radiation est faite sur dépôt de sa décision passée en force de chose jugée.

Article 220

Lorsqu'il est justifié que la valeur des immeubles est le double du montant des sommes inscrites, le débiteur peut faire limiter les effets de la première inscription sur les immeubles qu'il indique à cette fin.

Article 221

Si la créance est reconnue, la décision statuant sur le fond maintient en totalité ou en partie l'hypothèque déjà inscrite ou octroie une hypothèque définitive.

Dans les six mois suivant le jour où cette décision a acquis l'autorité de la chose jugée, l'inscription de l'hypothèque qui en résulte est requise conformément à la législation de l'Etat Partie où est situé le bien grevé. Ce qui a été maintenu prend rang à la date de l'inscription provisoire ; l'hypothèque prend rang à la date de l'inscription définitive.

Faute d'inscription définitive dans le délai fixé ci-dessus, ou si la créance n'est pas reconnue par une décision passée en force de chose jugée, la première inscription devient rétroactivement sans effet et sa radiation peut être demandée par toute personne intéressée, aux frais de l'inscrivant, à la juridiction qui a autorisé ladite inscription.

LE GAGE DE BIENS MEUBLES CORPORELS

SECTION 1 : LES DISPOSITIONS DE DROIT COMMUN DU GAGE DE MEUBLES CORPORELS

Les dispositions de l'AUS de 2010 modifient considérablement le régime juridique du gage en revenant sur le critère traditionnel de différenciation entre le gage et le nantissement.

Ainsi sont prévus des régimes spéciaux de gage : il s'agit du gage de matériel professionnel (outillage et matériel professionnel), du gage de véhicule automobile (véhicule terrestre à moteur) et du gage de stock (matière première, stock de produits agricoles, stock de produits industriels, marchandise à vendre – bordereau de stock).

Ces biens faisaient l'objet de nantissements avant la réforme mais avec l'AUS de 2010, seuls les meubles incorporels pouvant faire l'objet de nantissement, il fallait aménager des règles spéciales pour ces gages. Pour la même raison, le gage de créances a disparu pour faire place au nantissement de créances. Les changements introduits concernent aussi bien la définition du gage (§ 1), les règles relatives à la constitution (§2) et celles relatives à la réalisation des garanties (§3).

§1 : La définition du gage

L'AUS de 2010 a procédé à une redéfinition du gage. L'objectif de la réforme est l'amélioration de la garantie au profit des différents acteurs (créanciers et débiteurs). Il fallait revenir sur certaines conditions du gage afin d'encourager le développement du gage.

Le gage est défini par l'AUS de 2010 comme « **le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs** ».

La nouvelle définition du gage fait ressortir plusieurs réalités.

- **La référence au « constituant »** faite par l'article 92 AUS est encore significative. Comme pour l'hypothèque, le gage peut être constitué aussi bien par le débiteur de la créance garantie que par un tiers (comme le prévoyait l'article 47, alinéa 2, de l'AUS de 1997).
- Le gage est maintenant défini par son objet et non par la référence à l'idée de dépossession ce qui n'exclut pas que les parties puissent convenir d'une dépossession.
- Le gage ne peut désormais porter que sur des biens meubles corporels. Si le constituant du gage n'est plus tenu de remettre le bien entre les mains du créancier ou d'un tiers, il peut, comme en matière d'hypothèque, constituer des gages successifs sur un même bien ou un ensemble de biens.
- La définition présentée montre par ailleurs que le gage peut concerner un bien futur, cette évolution s'explique certainement par l'absence d'obligation de dépossession. Cependant, les biens futurs devront être suffisamment déterminés dans le contrat de gage. Le créancier n'aura pas à conclure de nouveaux contrats pour que ses droits s'étendent aux biens nouvellement acquis par le constituant. En effet, il découle des dispositions de l'art. 96, al 2 AUS que *« lorsque le gage porte sur un bien ou un ensemble de biens futurs, le droit du créancier s'exerce sur le bien gagé aussitôt que le constituant en acquiert la propriété, sauf convention contraire »*.

Avec l'admission du gage sur des biens à venir, la capacité de crédit du constituant s'étend considérablement, ce qui contribue au développement de la croissance économique conformément à l'un des objectifs de la réforme des sûretés.

§2 : La constitution du gage

Il faut préciser les conditions de fond et le formalisme attaché au contrat de gage.

A- Les conditions de fond

D'une manière générale, le gage est un contrat et comme tout contrat, il doit répondre aux conditions classiques de validité d'un acte juridique (consentement des parties pour le gage, capacité, objet et cause licite).

Par ailleurs, l'AUS de 2010 a apporté des innovations relatives à la créance garantie et à l'objet du gage.

- **Pour ce qui concerne la créance garantie par le gage**, l'article 93 l'AUS de 2010 modifie quelque peu l'article 45 de l'AUS de 1997, en indiquant que *«le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables»*.

L'adjectif *«présentes»* vient ainsi remplacer le terme *«antérieures»* pour éviter qu'un gage puisse être constitué en garantie d'une dette antérieure qui ne serait plus exigible. Il en est ainsi par exemple en cas de prescription. Alors, avec l'AUS DE 2010, la paralysie du gage est liée non seulement à la nullité de l'obligation garantie (d'ailleurs cette hypothèse est une conséquence logique du contrat de gage qui est un accessoire de la créance), mais aussi, sur le fondement de l'art. 93, aux cas dans lesquels l'obligation a cessé d'être exigible (ce sont tous les modes d'extinction de l'obligation). La précision de l'ancien art. 45 AUS selon laquelle *«l'annulation de la créance garantie entraîne l'annulation du gage»* est superfétatoire.

Une créance future est une créance qui naîtra ou qui pourrait naître dans le futur (par opposition à une créance déjà existante mais dont l'exécution est due dans le futur). Par exemple, les créances qu'une banque pourrait détenir à l'encontre d'un client auquel elle pourrait à l'avenir concéder une nouvelle ligne de crédit, ou les créances qu'une entreprise détiendrait à l'encontre d'une autre entreprise sur la base d'un contrat qui pourrait être conclu dans le futur.

La créance future doit être *«déterminée ou déterminable»*, cela veut dire, selon une jurisprudence établie (civ. 20 mars 2001, D. 2001, p. 3110) qu'il faut que la créance existe au moins en germe dans son principe et qu'elle soit suffisamment identifiée.

- **Pour ce qui concerne l'objet du gage**, cette garantie est désormais limitée aux biens corporels.

Le premier alinéa **de l'article 46 de l'AUS de 1997**, qui prévoyait la possibilité de constituer un gage *«sur tout bien meuble, corporel ou incorporel»*, a été supprimé pour tenir compte de la nouvelle définition du gage, dont l'assiette est désormais limitée aux biens corporels.

Le gage ainsi défini s'oppose au nantissement qui est défini par **l'art. 125 AUS 2010** comme *«l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels,*

présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables

Il est conventionnel ou judiciaire ».

Avec la réforme des sûretés, le critère de distinction des deux sûretés est alors la nature corporelle ou incorporelle du bien et non plus le critère de la dépossession. La remise de la chose gagée caractérisait le contrat avec l'AUS de 1997 dans son art. 44.

Par ailleurs, il est précisé aux termes de l'article 94 alinéa 2 de l'AUS de 2010 que « *le gage peut également porter sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personne pour garantir les abus dont ils pourraient être responsables et les prêts consentis pour la constitution de cette consignation.* »

Cette nouvelle écriture permet la mise en gage de sommes ou de valeurs pour garantir les abus que pourraient commettre les fonctionnaires ou officiers ministériels, mais le terme «*cautionnement*», utilisé dans la version de 1997 de l'AUS, a été remplacé par le terme «*consignation*», qui est apparu plus conforme à l'objet du dépôt envisagé. La notion de cautionnement était certainement utilisée par la référence à la caution qui peut être le dépôt d'une somme entre les mains d'un tiers en guise de garantie. Il en est ainsi par exemple de la caution judiciaire. Mais il faut convenir que le terme «*consignation* » est plus approprié.

B- Le formalisme attaché au gage

Sur la forme, le contrat de gage reste un contrat solennel non plus du fait de l'obligation de dépossession mais du fait de la nécessité de la rédaction d'un écrit. Par ailleurs, est exigé un formalisme d'opposabilité du gage.

1- L'écrit, seul formalisme exigé *ad validitatem*

Avec l'AUS de 2010 l'écrit est exigé à titre de validité du contrat de gage. Aux termes l'art 96, «*A peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». Aucune dérogation n'est prévue à ce titre.

Il s'agit de l'une des innovations majeures de l'acte uniforme en matière de gage. En effet, l'écrit n'était pas une condition de validité du gage avec l'AUS de 1997. Il était conçu comme

une simple condition d'opposabilité, la rédaction d'un «écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce et leur nature ».

La valorisation de l'écrit dans le contrat de gage a pour but la sécurisation de la garantie au profit des différents acteurs. Surtout l'écrit doit faire l'objet d'une inscription pour l'opposabilité du gage

2- Les formalismes d'opposabilité du gage

Aux termes de l'article 97 AUS de 2010 « *Le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties.*

Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi et le créancier gagiste peut exercer son droit de suite à leur encontre ».

Ainsi, cet article assouplit les conditions d'opposabilité du gage aux tiers en prévoyant deux modalités alternatives : la remise de la chose ou l'inscription au RCCM. Par la même occasion, la formalité d'enregistrement a été supprimée.

Si le bien reste entre les mains du constituant, le gage sera rendu opposable par une inscription au RCCM. En revanche, un gage avec dépossession deviendra opposable aux tiers dès la remise de la chose au créancier. Cette formalité n'exclut pas la possibilité d'une inscription au RCCM.

Lorsque le bien gagé reste aux mains du constituant et que le gage a été régulièrement inscrit, l'article 97, al. 2 AUS de 2010 protège le créancier gagiste contre tout risque de distraction du bien, en interdisant aux ayants cause à titre particulier du constituant de se prévaloir d'une possession de bonne foi. L'acquéreur du bien sera réputé connaître l'existence du gage du fait de la publication. Le créancier gagiste pourra alors exercer son droit de suite entre les mains de l'acquéreur. Du reste, le créancier gagiste est également protégé lorsque le bien est dévolu par voie de succession puisque les ayants cause à titre universel sont tenus par les obligations de leur auteur à l'égard du créancier gagiste.

Conformément à l'article 98 de l'AUS DE 2010, le gage demeure opposable jusqu'au «*paiement intégral de la dette garantie en principal, intérêts et autres accessoires* ». Ainsi, le constituant ne pourra «*exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé* »

qu'après désintéressement complet du créancier, sauf convention contraire des parties, en cas de mainlevée ou de subrogation de la chose gagée, notamment.

§3 : Les effets du gage

A- Les prérogatives du créancier gagiste

Le créancier gagiste bénéficie du droit de rétention en cas de gage avec dépossession, du droit de suite et du droit de préférence.

1°)- Le droit rétention

L'article 99 de l'AUS de 2010 confère un droit de rétention sur le bien gagé au seul créancier titulaire d'un gage avec dépossession, à l'exclusion du créancier titulaire d'un gage sans dépossession. En droit OHADA, le droit de rétention repose sur la détention matérielle du bien par le créancier.

En droit OHADA, il y a un avantage au profit du gage avec dépossession pour ce qui concerne le droit rétention.

Mais cette disparité entre le gage avec ou sans dépossession est nuancée par l'article 107, al. 2 de l'AUS de 2010, qui rend ce droit de rétention inopposable au créancier gagiste sans dépossession, lorsque son droit est antérieur. En d'autres termes, en cas de gages successifs sur un même bien, le créancier gagiste antérieur qui aura laissé le bien gagé entre les mains du constituant n'aura pas à subir les effets du droit de rétention d'un éventuel créancier postérieur, s'il a régulièrement fait inscrire son droit avant la remise de la chose au second créancier gagiste. Il n'en demeure pas moins que les créanciers devront conserver cette disparité de traitement à l'esprit au moment de choisir le moyen de rendre leur gage opposable aux tiers.

2°)- Le droit de suite

Dans les hypothèses de gage avec dépossession, l'article 100 AUS de 2010 permet au créancier gagiste de «*revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi*» lorsqu'il en «*a été dessaisi contre sa volonté*».

3°)- Droit de préférence

La consécration du gage sans dépossession encourage la constitution de gages successifs sur un même bien. Ainsi, aux termes de l'art. 107 AUS :

« Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est déterminé par l'ordre de leur inscription.

Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier.

Lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé ».

Cet article 107 de l'AUS de 2010 distingue trois hypothèses. En premier lieu, lorsque la chose fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, l'ordre des créanciers est déterminé par l'ordre d'inscription de leur droit au RCCM. En deuxième lieu, lorsque la chose fait d'abord l'objet d'un gage sans dépossession, puis d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste antérieur, qui ne bénéficie pas de la dépossession, est préféré au créancier gagiste postérieur à qui le bien a été remis et le droit de rétention de ce dernier est inopposable au premier créancier. Enfin, lorsque la chose fait l'objet d'un gage avec dépossession, elle ne peut plus guère être gagée que sans dépossession. Le droit de rétention du créancier gagiste antérieur, à qui la chose a été remise, peut alors être opposé au créancier gagiste postérieur, ce qui a pour effet de paralyser les droits de ce dernier.

Cette possibilité offerte au constituant de consentir des gages de rangs successifs concourt à l'optimisation de sa capacité de crédit et ce, d'autant plus que cette possibilité n'est pas limitée à la valeur du bien, les droits des créanciers postérieurs étant, en tout état de cause, paralysés jusqu'au complet paiement du créancier le plus ancien.

Le créancier gagiste est protégé par son inscription ou son droit de rétention.

L'art. 106 de l'AUS prévoit d'autres hypothèses où le créancier gagiste peut faire prévaloir son droit de préférence. Il s'agit des cas de perte et de détérioration de la chose gagée. Cet article dispose qu' « en cas de perte ou de détérioration totale ou partielle de la chose gagée

qui ne serait pas de son fait, le créancier gagiste exerce son droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, s'il y a lieu, pour le montant de la créance garantie en principal, intérêts et autres accessoires ».

Lorsque le bien gagé est resté entre ses mains, c'est au constituant qu'il appartient de veiller sur la chose et le créancier gagiste devra s'assurer qu'il respecte l'obligation qui lui est faite par l'article 108, alinéa 2, d'assurer la chose gagée.

B- Les obligations des parties (créancier gagiste et constituant)

Celui qui a le bien, objet du gage entre ses mains est assujéti à plusieurs sortes d'obligations

1°)- L'obligation de conservation

L'article 108 de l'AUS de 2010 reprend les dispositions de l'article 58, 2°, alinéa 1er, de l'AUS, en énonçant que *«lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste ou le tiers convenu doit veiller sur la chose et en assurer la conservation comme le doit un dépositaire rémunéré »*. Pour tenir compte du gage sans dépossession, l'art. 108 contient un second alinéa qui précise: *«De même, lorsque le constituant est resté en possession du bien gagé, il doit le conserver en bon père de famille et, notamment, l'assurer contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle »*.

Le constituant et le créancier gagiste sont alors également liés à cette obligation de conservation du bien objet du gage. Il est tout à fait cohérent qu'il soit précisé que le constituant *« doit conserver le bien en bon père de famille »* et non *« comme le doit un dépositaire rémunéré »* car dans l'hypothèse d'un gage sans dépossession, il serait impropre de parler de dépôt. Que le gage fasse ou non l'objet d'une dépossession, la chose gagée devra donc être entourée des mêmes précautions par le créancier gagiste, le tiers convenu ou le constituant, selon le cas.

Lorsque le bien a été remis au créancier gagiste (ou à un tiers convenu), l'article 109 de l'AUS de 2010 sanctionne tout manquement à cette obligation de conservation par la restitution du bien gagé au constituant.

En revanche, lorsque le bien est resté entre les mains du constituant et que celui-ci a manqué à son obligation de conservation, le créancier gagiste dispose d'une alternative: il peut soit se prévaloir de la déchéance du terme, soit solliciter un complément de gage de la part du

constituant. Il lui est loisible au demeurant de solliciter d'abord un complément de gage et, en cas de refus ou d'impossibilité pour le constituant, de se prévaloir de la déchéance du terme.

L'obligation de conservation comporte par ailleurs, la diligence du créancier gagiste ou du tiers convenu en cas de menace de péril affectant le bien gagé. Ainsi, aux termes de l'article 111 de l'AUS de 2010, en cas de gage avec dépossession et si le bien gagé menace de périr, le créancier gagiste ou le tiers convenu peut le faire vendre, sous sa responsabilité, après autorisation de la juridiction compétente saisie sur simple requête, pourvu que cette autorisation ait été notifiée au constituant. Les effets du gage continuent alors à s'exercer sur le prix de cette vente.

Le recours à une procédure sur simple requête tient compte de l'urgence liée à la menace de péril qui pèse sur le bien et permet au créancier gagiste ou au tiers convenu de débloquent rapidement une situation qui pourrait conduire, à défaut d'intervention de sa part, à la mise en œuvre de sa responsabilité au titre de l'article 108 de l'AUS de 2010. Par ailleurs, le fait que cette vente intervienne sous la responsabilité du créancier gagiste ou du tiers convenu est de nature à prémunir le constituant contre toute manœuvre consistant, pour le créancier, à vendre ou à faire vendre le bien pour un montant inférieur à sa valeur réelle mais suffisant néanmoins pour le désintéresser. De telles dispositions sont alors également protectrices du constituant.

2°)- Le non-usage

Lorsqu'il s'agit d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste ne peut user de la chose donnée en gage ni en percevoir les fruits.

Ainsi, en cas de gage avec dépossession, l'article 101, alinéa 1^{er} de l'AUS de 2010 met, par principe, à la charge du créancier gagiste l'obligation de séparer les biens fongibles remis en gage des choses de même nature qui sont détenues par lui ou par le tiers convenu. L'inexécution de cette obligation autorise le constituant à réclamer la restitution des biens gagés. **Seul le créancier est garant de cette obligation même en cas d'entiercement.**

Cependant, l'obligation de non-usage n'est pas une règle d'ordre public. Les parties peuvent alors l'écarter et autoriser le créancier à confondre les biens gagés avec ses autres biens de même nature. Pour tenir compte de la nature fongible des biens gagés, le créancier gagiste en acquiert alors la propriété (propriété qu'il pourra exercer, en cas d'entiercement, sur «des biens de même qualité et de même espèce détenus par le tiers convenu »), à charge de

restituer au constituant la même quantité de choses équivalentes s'il exécute convenablement l'obligation garantie par le gage.

De même, lorsque le gage de choses fongibles s'opère sans dépossession, le créancier gagiste peut autoriser le constituant à disposer des choses gagées, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Ce faisant, le créancier renonce à exercer son droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs des biens aliénés par le constituant.

L'obligation de non-usage s'étend aux fruits de la chose gagée. L'article 103 de l'AUS de 2010 maintient le principe de l'interdiction faite au créancier de percevoir les fruits de la chose gagée, mais précise que, lorsqu'il y est autorisé par exception, il doit les imputer en priorité sur ce qui lui est dû en intérêts et, à défaut seulement, en capital.

Cette disposition a vocation à s'appliquer quelle que soit la modalité du gage (avec ou sans dépossession). En effet, les parties pourraient tout à fait convenir d'un gage sans dépossession dont les fruits seraient versés directement au créancier gagiste, quoique le bien gagé lui-même soit demeuré entre les mains du constituant.

3°)- L'obligation de conservation de la valeur de la chose

Cette obligation pèse sur le constituant. Selon les termes de l'article 110 de l'AUS de 2010, lorsque le gage (avec ou sans dépossession) a pour objet des choses fongibles (dont le constituant peut être autorisé à disposer, conformément à l'article 102 de l'AUS de 2010), «le créancier peut exiger du constituant, à peine de déchéance du terme, qu'il en maintienne la valeur », car, dans cette hypothèse, le gage porte plus sur la valeur de la chose que sur la chose elle-même (qui peut être remplacée par des biens de même nature et de même qualité). À cette fin, le créancier (et, le cas échéant, l'établissement domiciliaire du bordereau) peut exiger un état des biens gagés ainsi que la comptabilité des opérations qui les concernent.

C- La réalisation du gage

L'article 104 de l'AUS de 2010 expose, dans ses trois alinéas, les trois différents modes de réalisation du gage :

- la vente forcée par le biais de la saisie mobilière : *« Faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les*

voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger. Dans ce cas, il exerce son droit de préférence sur le prix de la chose vendue, dans les conditions de l'article 226 du présent Acte uniforme » (art. 104, al. 1^{er}). Aux termes de l'art. 206, le créancier gagiste occupe le 4^{ème} rang.

- l'attribution judiciaire et l'attribution conventionnelle : « *Le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien gagé lui sera attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert* ». (art. 104, al. 2)

La vente forcée et l'attribution judiciaire ont été prévues par l'AUS de 1997.

- l'attribution conventionnelle appelé «pacte comissoire» permet au créancier gagiste de se faire attribuer la propriété du bien gagé dès l'inexécution d'une obligation garantie et sans intervention du juge, pourvu que ce mode de réalisation ait été convenu entre les parties. L'attribution conventionnelle est une nouveauté de l'AUS de 2010. L'art. 104, al. 3 dispose : « *Si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. En ce cas, le bien gagé doit être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite* ».

L'attribution conventionnelle du bien gagé comporte pour le constituant le risque d'être dépossédé du bien dont la valeur excède le montant de la créance garantie. En effet, un tel risque est réel puisque le pacte comissoire écarte toute intervention du juge dans la réalisation de la sûreté.

Ainsi, pour encadrer le pacte comissoire, L'Acte uniforme de 2010 limite le recours à cette convention de manière différente, selon que «le débiteur de la dette garantie » est un particulier ou un débiteur professionnel (lequel est défini par l'article 3 de l'AUS de 2010 comme le «*débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* »). Lorsque le débiteur est un particulier, le pacte comissoire n'est admis que si le bien gagé est «une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle », ce qui exclut tout risque de spoliation de la part du créancier gagiste, puisque la

valeur du bien gagé est connue avec certitude. Lorsqu'il s'agit d'un débiteur professionnel, parce qu'il est présumé averti, le pacte commissaire est admis quelle que soit la nature des biens gagés, mais ceux-ci devront être estimés par expert au jour du transfert, sans que les parties puissent déroger à cette estimation.

Les droits du constituant se trouvent ainsi également protégés dans cette hypothèse.

Les droits du constituant ou des éventuels autres créanciers gagistes sont enfin garantis par l'article 105 de l'AUS de 2010. En cas d'attribution conventionnelle ou judiciaire et lorsque la valeur du bien excède le montant de la créance garantie par le gage, cette disposition oblige en effet le créancier gagiste, soit à consigner une somme équivalente au solde, au profit des autres créanciers gagistes, soit à verser directement cette somme au constituant en l'absence de tels créanciers.

D- L'extinction du gage

Le gage est un accessoire du contrat qui lie le créancier et le débiteur. Ainsi, l'art. 116 de l'AUS de 2010 prévoit que l'extinction de l'obligation garantie entraîne l'extinction du gage. Par ailleurs, l'article 117 prévoit une autre cause d'extinction qui n'était pas prévue avant la réforme, il s'agit du cas d'extinction du gage lorsque la chose gagée «est perdue par le fait du créancier gagiste ». Dans cette hypothèse qui englobe aussi bien la perte involontaire que celle qui est causée par la négligence du créancier, celui-ci perd totalement le bénéfice du gage et son droit de préférence ne saurait s'exercer sur l'éventuelle indemnité d'assurance garantissant le bien perdu. Il n'en serait ainsi que si la perte est le fait d'un cas fortuit.

D'autres causes d'extinction par voie principale sont aussi prévues c'est lorsque le créancier remet volontairement la chose gagée au constituant et lorsque le juge ordonne la restitution de la chose pour faute du créancier gagiste à moins qu'un séquestre ait été désigné.

Dans ces hypothèses, le créancier gagiste perd sa garantie, la dette n'étant pas encore éteinte, il devient alors un simple créancier chirographaire.

SECTION 2 – LES DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À CERTAINS GAGES

Avec la réforme ayant redéfini les contours du gage, il y a un bouleversement du régime de certaines garanties. Le gage ne pouvant désormais porter que sur des biens corporels, le gage de créance et de propriétés intellectuelles sont convertis en nantissement. Dans le même temps et parce que le nantissement ne peut porter que sur des biens incorporels, le

nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles et le nantissement des stocks deviennent des gages.

§1- Le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles

Aux termes de l'article 118, al. 1^{er}, de l'AUS de 2010 « *le matériel professionnel et les véhicules automobiles, assujettis ou non à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, peuvent faire l'objet d'un gage en application des dispositions des articles 92 à 117 du présent Acte uniforme* »

Ainsi, ce texte précise que le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles obéit au droit commun du gage. Cependant, il existe parallèlement des dispositions spécifiques à ce type de gage.

A- Le gage du matériel professionnel et nantissement de fonds de commerce

La spécificité du gage du matériel professionnel peut être décelée à la lecture de l'art. 118, al. 2 AUS de 2010. Cette disposition énonce que « *le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce* » peut faire l'objet d'un nantissement de fonds de commerce, dans les conditions des articles 162 à 165 de l'AUS de 2010, qui régissent désormais cette sûreté. Le nantissement de fonds de commerce étant opposable par inscription (art. 165 AUS de 2010) comme peut l'être le gage, l'ordre d'inscription entre les créanciers a vocation à régler tout conflit qui pourrait survenir entre un créancier titulaire d'un droit de gage sur le matériel professionnel et un créancier bénéficiaire d'un nantissement sur le fonds de commerce dans lequel serait compris le matériel professionnel gagé.

B- Le gage des véhicules automobiles

Il est prévu par l'art. 119 de l'AUS de 2010 aux termes duquel « *En ce qui concerne les véhicules automobiles assujettis à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, le gage doit être mentionné sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation. L'absence de cette mention ne remet pas en cause la validité ou l'opposabilité du gage dûment inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* ». Comme pour les autres gages, l'inscription au RCCM suffit donc à rendre le gage des véhicules automobiles opposable aux tiers.

La mention sur le titre administratif permettrait de renseigner d'avantage les tiers et de consolider les droits du créancier.

§2- Le gage de stocks

De même que le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles, le gage de stocks obéit au droit commun du gage comme le prévoit l'art. 120, al. 1 de l'AUS aux termes duquel : « ...*les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises peuvent faire l'objet d'un gage en application des dispositions des articles 92 à 117 du présent Acte uniforme* ». Il existe aussi en la matière des règles spécifiques relatives au bordereau de gage de stocks, aux assurances supplémentaires devant couvrir les stocks gagés et à la consignation du prix en cas de vente des stocks gagés.

A- Émission d'un bordereau de gage de stocks

La possibilité de l'émission d'un bordereau de stock est prévue par l'art. 121 AUS. Ce texte dispose que « *La constitution d'un gage de stocks sans dépossession peut donner lieu à l'émission par le greffier, ou par le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie, d'un bordereau de gage de stocks.*

Dans ce cas, l'acte constitutif du gage doit comporter, à peine de nullité, outre les mentions prévues par l'article 96 du présent Acte uniforme, le nom de l'assureur qui couvre les stocks gagés contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle ainsi que la désignation de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks ».

L'article 121 du projet précise que, lorsque le gage de stocks donne lieu à l'émission d'un bordereau, celui-ci doit être établi par le greffier. L'acte constitutif doit dans ce cas comporter, en plus des mentions exigées pour n'importe quel gage, le nom de l'assureur et de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks.

Par ailleurs, l'article 122 de l'AUS de 2010 porte à cinq ans la durée de validité du bordereau de gage de stocks (contre trois ans sous le régime de l'ancien AUS dans son article 103), à moins que les parties n'aient expressément convenu d'une durée de validité différente.

La réglementation du bordereau de stock est spécifiée dans ce même art. 122 à travers ses trois premiers alinéas. Ainsi, Le bordereau remis au débiteur après inscription porte, de façon apparente : la mention "gage de stocks", la date de sa délivrance qui correspond à celle de l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, le numéro d'inscription au registre chronologique des dépôts, la signature du débiteur.

Il est remis par le débiteur au créancier par voie d'endossement signé et daté.

Le bordereau peut être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre avec les mêmes effets.

L'article 123 de l'AUS précise enfin que tout porteur du bordereau de gage de stocks est investi des droits du créancier gagiste, ce qui suppose le bénéfice des règles de droit commun du gage et des règles spécifiques du gage de stocks.

B- Assurances complémentaires des stocks gagés

Aux termes de l'art. 121, al. 2 de l'AUS de 2010, le constituant est tenu d'assurer le stock gagé contre les risques de vol et de «détérioration totale ou partielle » du stock gagé et non simplement sa «destruction ». Cette nouvelle formule permet d'étendre le champ de l'obligation existante (car l'ancien AUS dans son art. 101 3° ne prévoyait que l'assurance du stock gagé (et l'immeuble où il est entreposé) contre les risques d'incendie et de destruction). Désormais, la police d'assurance doit couvrir à la fois la destruction du bien (sa détérioration totale) et sa détérioration partielle.

On observera en outre que l'obligation d'assurance est plus étendue pour un gage de stocks que pour un gage de droit commun. Les parties qui ne souhaiteraient pas se voir appliquer les règles spécifiques du gage de stocks pourraient en effet se soumettre au seul droit commun du gage, qui permet l'affectation en garantie de meubles corporels fongibles.

Au moment du choix, le créancier devra cependant garder à l'esprit que le droit commun n'oblige le constituant à assurer les biens gagés que «contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle », tandis que l'art. 121 de l'AUS de 2010 y ajoute les risques de vol et d'incendie.

C- Vente des stocks gagés et consignation du prix

Aux termes de l'art. 124 AUS de 2010, « *le débiteur émetteur du bordereau de gage de stocks conserve le droit de vendre les stocks gagés.*

Il ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix auprès de l'établissement domiciliaire ».

En termes claires, l'art. 124 AUS de 2010 autorise le débiteur émetteur du bordereau de gage de stocks, de vendre les stocks gagés, à condition de consigner le prix de cette vente auprès de l'établissement domiciliaire.

Cela dit, conformément aux dispositions de droit du gage, à travers les arts. 108, al. 2 et 110 de l'AUS de 2010, le constituant doit conserver le stock, maintenir sa valeur et tenir un état de ce stock à la disposition du créancier et de la banque domiciliataire du bordereau.